

# 最高法院刑事判決

114年度台上字第5897號

01

02

03 上 訴 人 李依蓮

04 選任辯護人 顏瑞成律師

05 呂朝章律師

06 上 訴 人 俞光隆

07 上訴人即

08 參 與 人 昇佳食品有限公司

09 代 表 人 石秀月

10 上訴人即

11 參 與 人 陳冠全

12 代 理 人 丁小紋律師

13 上訴人即

14 參 與 人 曾宛萱

01 上列上訴人等因違反銀行法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中  
02 華民國114年3月25日第二審判決（111年度金上訴字第3023號，  
03 起訴案號：臺灣臺中地方檢察署109年度偵字第1911、15480號  
04 號），提起上訴，本院判決如下：

05 主 文

06 上訴駁回。

07 理 由

08 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決  
09 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判  
10 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未  
11 依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何  
12 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第  
13 三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違  
14 背法律上之程式，予以駁回。

15 二、本件原審審理結果，認定上訴人李依蓮、俞光隆有如原判決  
16 事實欄(包含其附表〈下稱附表〉一)所載之犯行；上訴人即  
17 參與人陳冠全、曾宛萱、黃藝萍、昇佳食品有限公司（下稱  
18 昇佳公司）依序有如原判決理由欄肆之四之(二)2之⑥、之  
19 ⑧、之⑪、之⑮(包含附表三編號10、13、16、20)所載，因  
20 他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得犯罪所得。因  
21 而撤銷第一審關於李依蓮、俞光隆部分之科刑及沒收判決，  
22 暨關於諭知陳冠全、曾宛萱、黃藝萍、昇佳公司均不予宣告  
23 沒收部分之判決，改判仍論處李依蓮、俞光隆共同犯銀行法  
24 第125條第1項前段之非法經營收受存款業務罪刑，並諭知李  
25 依蓮、俞光隆之犯罪所得，除應發還被害人或得請求損害賠  
26 償之人外，予以沒收、追徵；諭知陳冠全、曾宛萱、黃藝  
27 萍、昇佳公司如附表三編號10、13、16、20「沒收」欄所示  
28 之犯罪所得，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，予  
29 以沒收、追徵。已詳述調查、取捨證據之結果，以及認定犯  
30 罪事實、沒收所憑之依據及理由。

31 三、上訴意旨略以：

01 (一)李依蓮、俞光隆一致部分：

02 依李依蓮僅係協助俞光隆吸收資金，並未參與決策、獲利不  
03 多；俞光隆並非本件吸收資金之主導者，參與犯罪程度較  
04 輕，以及李依蓮、俞光隆於原審審理時坦承犯行，暨除附表  
05 一編號18所示被害人張美貞外，已與其餘被害人等達成民事  
06 上和解，並依約定給付賠償，可見犯後態度良好等犯罪情  
07 狀，若科以所犯銀行法第125條第1項前段之非法經營收受存  
08 款業務罪之最低法定刑，猶嫌過重，客觀上足以引起一般人之  
09 同情，其等犯罪情狀顯可憫恕，符合刑法第59條酌量減輕  
10 其刑之規定。原判決未據以酌減其刑，且未依職權調閱臺灣  
11 臺中地方法院112年度金訴字第2469號楊屏竹等人違反銀行  
12 法案件(包含臺灣臺中地方檢察署112年度偵字第29803號案  
13 件，下稱另案)卷宗資料，以查明本件吸收資金源起於楊屏  
14 竹等情，亦未詳加審酌上情等刑法第57條各款所列量刑輕重  
15 應審酌之事項，分別量處李依蓮、俞光隆有期徒刑3年4月、  
16 3年2月，顯屬過重，有違罪刑相當原則、平等原則，並有調  
17 查職責未盡、適用法則不當及理由欠備之違法。

18 (二)李依蓮另以：

19 李依蓮僅就俞光隆個人之投資金額，獲取10%之報酬，並非  
20 從附表一各編號所示之投資總金額獲取利益。因此，李依蓮  
21 實際獲利僅新臺幣(下同)80餘萬元。原判決逕諭知李依蓮沒  
22 收犯罪所得116萬2,940元，有適用法則不當之違法。

23 (三)俞光隆另以：

- 24 1.俞光隆若入獄執行，將影響其償還各該被害人之能力，足認  
25 其所宣告之刑，以暫不執行為適當，符合刑法第74條第1項  
26 宣告緩刑之要件。原判決未宣告緩刑，有理由不備及適用法  
27 則不當之違法。
- 28 2.附表一編號19所示被害人羅惠美部分，係記載俞光隆有犯罪  
29 所得114萬2,400元。惟俞光隆陸續匯款給羅惠美合計288萬  
30 元之投資報酬，此屬本件投資契約之中性成本，並未沾染不  
31 法，依犯罪所得相對總額原則，應予扣除，可見俞光隆就羅

01 惠美部分，並無犯罪所得。況俞光隆與羅惠美以278萬元達  
02 成民事上和解，並於原審辯論終結前，依約給付86萬元。若  
03 就附表一編號19所示之犯罪所得予以全數沒收，有過苛之  
04 虞，符合刑法第38條之2第2項「過苛調節條款」之規定，應  
05 不予宣告沒收。原判決未審酌上情，逕宣告俞光隆附表一編  
06 號19所示之114萬2,400元沒收（追徵），有適用法則不當及  
07 理由欠備之違法。

08 (四)參與人陳冠全、曾宛萱、黃藝萍、昇佳公司部分：

09 1.陳冠全部分：附表三編號10所示合計201萬1,650元，係林  
10 曉清返還陳冠全之借款，與本件吸收資金無關等情，此有  
11 陳冠全與林曉清間通訊軟體微信對話紀錄、林曉清親筆  
12 信，以及陳冠全之中國建設銀行廈門文灶支行個人活期帳  
13 戶交易明細（陳冠全於民國106年6月21日合計匯款人民幣3  
14 4萬260元至林曉清之丈夫即吳端海帳戶內）等可佐。原判  
15 決未詳酌上情，亦未依職權傳喚林曉清到庭調查，以明有  
16 無前揭借貸事宜，逕為陳冠全不利之認定，有調查職責未  
17 盡、理由不備之違法。

18 2.曾宛萱部分：附表三編號13所示21萬4,000元，係張文魁  
19 退還曾宛萱所預繳之展銷費用，而委由羅惠美辦理等情，  
20 此有通訊軟體微信之訊息截圖（曾宛萱自104年起，於中國  
21 長江以北地區，經商銷售台灣文創設計珠寶款商品等）可  
22 證。又曾宛萱與俞光隆等人均無往來，並無參其等之投資  
23 方案，與本件吸收資金無關。原判決未詳查上情，逕予宣  
24 告沒收附表三編號13所示款項，其採認證認事違反證據法  
25 則，並有調查職責未盡、理由不備之違法。

26 3.黃藝萍部分：附表三編號16所示之30萬5,200元款項，係  
27 黃藝萍販賣服飾之貨款收入，此有廈門趙心悅服裝貿易有  
28 限公司（下稱趙心悅服裝公司）之收款收據（趙心悅服裝公  
29 司於106年8月7日出售棉麻服飾，合計人民幣7萬元等  
30 情），可以證明。原判決逕予宣告沒收，有調查職責未  
31 盡、理由不備之違法。

01 4.昇佳公司部分：附表三編號20所示之34萬3,200元，係暱  
02 稱「豆~豆」給付昇佳公司之貨款，此有通訊軟體QQ對話  
03 紀錄擷圖（顯示：「豆~豆」傳訊載明匯款帳號、戶名  
04 「昇佳食品有限公司」、分行及金額「343,200元臺  
05 幣」）、收款對帳單明細表、出口報單等為證。原判決未  
06 詳加調查、審酌上情，逕予諭知附表三編號20「沒收」欄  
07 所示之犯罪所得。其採證認事違反證據法則，並有調查職  
08 責未盡、理由欠備及適用法則不當之違法。

09 四、經查：

10 (一)刑法第59條酌量減輕其刑，乃實體法上賦予法院得為裁量之  
11 事項，且以於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情，認  
12 為即予宣告法定最低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用。  
13 原判決說明：李依蓮、俞光隆雖與多數被害人達成民事上和  
14 解，惟審酌李依蓮於吸金說明會主講、統籌帳戶及點數事  
15 宜；俞光隆負責主講推廣，招攬金額及獲取報酬甚高等犯罪  
16 情狀，倘科以所犯銀行法第125條第1項前段之非法經營收受  
17 存款業務罪之最低法定刑，並無情輕法重、情堪憫恕之特殊  
18 狀況，於客觀上不足以引起一般人之同情，不符刑法第59條  
19 酌量減輕其刑規定之旨。依上開說明，於法並無不合。李依  
20 蓮、俞光隆此部分上訴意旨，猶任意指摘：原判決未予酌減  
21 其刑違法云云，並非適法之第三審上訴理由。

22 (二)量刑之輕重，係屬事實審法院得依職權裁量之事項，倘未逾  
23 越法律所規定之範圍，又未違背罪刑相當原則，即不得任意  
24 指摘為違法。

25 又共犯因各別參與犯罪時間、分擔犯罪行為之差異，法院本  
26 得依個別調查證據所得，予以斟酌量處適當之刑，不能單純  
27 比附援引其他共犯之量刑結果，指摘量刑違法，據為適法上  
28 訴第三審之理由。

29 原判決審酌：李依蓮、俞光隆非法經營收受存款業務犯行，  
30 所擔任之角色、非法吸收資金規模、所生損害，以及除附表  
31 一編號18之被害人外，已與其他被害人達成民事上和解，

01 暨給付和解金、於原審審理時坦承犯行之犯罪後態度等一切  
02 情狀，而為量刑。已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第  
03 57條各款所列情形而為量刑，既未逾法定刑度，又未濫用裁  
04 量之權限，即不得指為違法。李依蓮、俞光隆此部分上訴意  
05 旨，泛言指摘：原判決量刑過重違法云云，同非適法之第三  
06 審上訴理由。

07 (三)緩刑為法院刑罰權之運用，旨在獎勵自新，須具備受2年以  
08 下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，以及刑法第74條第1項各  
09 款所定之條件，並須有可認以暫不執行為適當之情形，始足  
10 當之。又依刑事訴訟法第310條第5款規定，有罪之判決書諭  
11 知緩刑，應記載其理由。則有罪判決未諭知緩刑，而未記載  
12 其理由，不得指為違法。

13 原判決宣告俞光隆處有期徒刑3年2月，已不符宣告緩刑之要  
14 件。原判決未宣告緩刑，亦未說明理由，依上開說明，於法  
15 無違。俞光隆此部分上訴意旨，任意指摘：原判決未宣告緩  
16 刑，有適用法則不當及理由不備之違法云云，並非上訴第三  
17 審之合法理由。

18 (四)刑法及刑法施行法沒收相關條文，於105年7月1日施行，依  
19 修正後刑法第2條第2項：「沒收、非拘束人身自由之保安處  
20 分適用裁判時之法律」、刑法施行法第10條之3第2項：「10  
21 5年7月1日前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償  
22 之規定，不再適用」等規定，沒收應直接適用裁判時之法  
23 律，且刑事特別法關於沒收及其替代手段等規定，均不再適  
24 用。惟刑法沒收新制生效後，倘其他法律針對沒收另有特別  
25 規定，依刑法第11條「特別法優於普通法」之原則，仍應優  
26 先適用該特別法之規定。嗣銀行法第136條之1於107年1月31  
27 日修正公布，並自同年2月2日起施行，修正後規定為：「犯  
28 本法之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之自然人、法人  
29 或非法人團體因刑法第38條之1第2項所列情形取得者，除應  
30 發還被害人或得請求損害賠償之人外，沒收之」，此規定既  
31 在刑法沒收新制生效後始修正施行，依上開說明，違反銀行

01 法案件之犯罪所得沒收，即應優先適用修正後銀行法第136  
02 條之1規定。至新法未予規範者（例如：犯罪所得之追徵、  
03 排除、過苛調節等項），仍回歸適用刑法沒收新制相關規定  
04 處理。又犯罪所得已實際合法發還被害人者，依刑法第38條  
05 之1第5項規定，自不予宣告沒收或追徵。

06 又關於構成沒收原因事實之採證及認定，係事實審法院之職  
07 權，倘未違背證據法則，並於判決內敘明其適法斟酌取捨證  
08 據之理由者，不得任意指摘為違法，而執為第三審上訴之合  
09 法理由。沒收新制犯罪所得之估算不適用嚴格證明法則，僅  
10 自由證明為已足。且犯罪所得之計算，係採「有無利得」及  
11 「利得範圍」之兩階段計算法（或稱相對總額原則）。於前  
12 階段「有無利得」審查時，祇要與被告犯罪有因果關聯性  
13 者，不論是為了犯罪或產自犯罪之所得，皆為此階段所稱之  
14 直接利得；嗣於後階段「利得範圍」之審查時，始依絕對總  
15 額原則不扣除犯罪支出之成本。而被告或參與人所為支出，  
16 應否列入犯罪所得予以沒收，則以有無沾染不法為判斷標  
17 準。倘產生利得之交易自身即為法規所禁止之不法行為，則  
18 沾染不法範圍及於全部所得，無中性成本得以扣除。

19 至於刑法第38條之2第2項規定「宣告前二條之沒收或追徵，  
20 有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或  
21 為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之。」  
22 即所謂過苛調節條款規定，係以「有過苛之虞」、「欠缺刑  
23 法上之重要性」、「犯罪所得價值低微」，或「為維持受宣  
24 告人生活條件之必要」為要件。而沒收有無刑法過苛調節條  
25 款（即不宣告沒收或予以酌減）規定之適用，其所應審酌  
26 者，並非行為人之惡性或犯罪行為之危險性等與審酌量刑輕  
27 重有關之事項，而係考量該犯罪所得本身，是否具有不應沒  
28 收或應予酌減或以不宣告沒收為適當之特別情形。上開事項  
29 之認定，由事實審法院就個案具體情形審酌裁量。

30 又本院為法律審，以審核下級審法院裁判有無違背法令為職  
31 責，當事人原則上不得主張新事實或提出新證據，而據以指

01 摘原判決違法。

02 本件原判決係依李依蓮、俞光隆及參與人陳冠全、曾宛萱、  
03 黃藝萍、昇佳公司（下稱參與人等4人）所為不利於己部分  
04 之供述，佐以陳淑珠、羅惠美之證詞，以及卷附相關交易資  
05 料等證據資料，據以認定：李依蓮、俞光隆共同犯銀行法第  
06 125條第1項前段之非法經營收受存款業務罪，而有附表一所  
07 示之犯罪所得，以及羅惠美投資本件非法吸收資金之優路達  
08 投資方案，係依李依蓮、俞光隆提供之帳戶，將款項分別匯  
09 入附表三編號10、13、16、20所示參與人等4人之帳戶，而  
10 羅惠美與參與人等4人並無交易，可見參與人等4人係因他人  
11 違法行為而無償或不相當對價取得者等情。並對俞光隆、李  
12 依蓮以及參與人等4人所辯各節，如何不能採信，詳予指  
13 駁。且進一步說明：李依蓮於第一審審理時陳稱：其係以投  
14 資金額之10%取得報酬；俞光隆於警詢時供稱：其招攬下線  
15 所獲取之獎金為投資金額7%等語。據此，李依蓮以投資金  
16 額之10%計算其犯罪所得（即附表一編號1至27所示被害人投  
17 資款項之10%）為349萬5,940元。俞光隆以投資金額之7%計  
18 算其犯罪所得（即附表一編號1至21、23至27所示投資人投  
19 資款項之7%）為241萬9,159元。又李依蓮、俞光隆依民事上  
20 和解之約定，依序分別給付被害人合計各233萬3,000元、10  
21 6萬元，相當於犯罪所得已合法發還被害人，應予扣除。因  
22 此，其2人之犯罪所得分別為116萬2,940元、135萬9,159元  
23 （包含已扣案3萬0,843元）。另依李依蓮於第一審審理時陳  
24 稱：我給俞光隆這些帳戶，是因為羅惠美要買賣點數使用；  
25 俞光隆於第一審審理時供稱：我依照李依蓮指示告知羅惠美  
26 轉帳帳戶及金額各等語（見第一審卷四第188頁），以及卷  
27 附羅惠美之匯款明細記事本等相關交易明細，足認參與人等  
28 4人分別收受附表三編號 10、13、16、20所示款項，而各該  
29 款項係他人(李依蓮、俞光隆)因違法行為而匯入，且無證據  
30 足證參與人等4人與李依蓮、俞光隆或羅惠美間，有任何有  
31 償交易或其他收取款項之法律上原因。又陳冠全承認收受附

01 表三編號10所示款項，雖辯稱：係收取林曉清之還款，以及  
02 曾宛萱坦承收受附表三編號13所示款項，但辯稱：係收取展  
03 銷活動退回之預付款各云云，惟均未提出確切之證據資料佐  
04 證其說。而黃藝萍就領取附表三編號16所示款項，雖辯稱：  
05 係收取服裝之貨款云云，並提出營業執照及照片為證，然所  
06 提出之證據僅能證明其經營服裝公司，而不能證明附表三編  
07 號16所示款項確係出售服裝之貨款。至昇佳公司收取附表三  
08 編號20所示款項，雖提出「QQ對話紀錄」為證，並辯稱：係  
09 收取貨款云云。然此「QQ對話紀錄」之對象暱稱「豆~  
10 豆」，其身分不明，且對話內容亦無關於貨款支付之記載，  
11 且未提出訂單、銷貨單等相關商業憑證供參，難以採信。綜  
12 上，參與人等4人不能證明有給付相當對價之法律上原因而  
13 收取前述款項，應係無償或以不相當對價而取得。依銀行法  
14 第136條之1規定，除應發還被害人或得請求損害賠償之人  
15 外，均沒收之，其中未扣案部分，依刑法第38條之1第3項規  
16 定，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額  
17 之旨，依前述說明，於法尚無不合。至於俞光隆上訴意旨指  
18 稱：其依投資契約給付288萬元報酬予羅惠美，係中性成  
19 本，應予扣除。又其依民事上和解之約定給付羅惠美86萬  
20 元，若將附表一編號19所示犯罪所得114萬2,400元全數沒  
21 收，有過苛之特別情況一節。惟查，本件俞光隆向羅惠美收  
22 受存款之違法行為本身，在客觀法律評價上，即係破壞國家  
23 金融秩序之行為，揆諸刑法沒收新制之立法意旨揭示「基於  
24 澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利  
25 潤，均應沒收」，關於銀行法第136條之1犯罪利得，無扣除  
26 成本之必要。另俞光隆所稱，其合計匯款288萬元之投資報  
27 酬予羅惠美一情，縱然屬實，乃誘使羅惠美繼續投資之方  
28 式，係屬犯罪成本，不得扣除。又原判決於計算沒收金額  
29 時，已扣除俞光隆依民事上和解之約定給付羅惠美合計86萬  
30 元部分（詳如附表四編號19所示）。並無逾越法律所規定之  
31 範圍，或濫用其裁量權限之違法，或有過苛之情形。又俞光

01 隆於原審審理時，並未主張其有過苛調節條款之適用，原判  
02 決未適用過苛調節條款，亦未為說明，不能指為違法。至於  
03 陳冠全、曾宛萱、黃藝萍、昇佳公司於提起第三審上訴，始  
04 分別提出：中國建設銀行個人活期帳戶交易明細、林曉清親  
05 筆手寫信、通訊軟體微信截圖、趙心悅服裝公司之收款收  
06 據、中國工商銀行廈門東區支行借記卡帳戶歷史明細清單、  
07 收款對帳單明細表、出口報單等證據資料，係主張新事實、  
08 提出新證據，本院無從調查、審酌，且不能因此逕認原判決  
09 關於諭知參與人等4人沒收部分違法。原判決所為論斷說  
10 明，尚與經驗法則、論理法則不悖，揆之上開說明，不能任  
11 意指為違法。李依蓮、俞光隆、參與人4人此部分上訴意  
12 旨，泛詞指摘：原判決諭知犯罪所得之沒收(追徵)違法云  
13 云，亦非適法之第三審上訴理由。

14 (五)所謂依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要  
15 關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非  
16 漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，  
17 得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定者，始足  
18 當之。

19 卷查，原審於審理期日，審判長詢問：「有無其他證據提出  
20 或聲請調查？」李依蓮及其辯護人、陳冠全均陳稱：「沒  
21 有」等語（見原審卷七第224頁）。可見李依蓮、陳冠全於  
22 原審審理時，並未分別聲請調閱另案卷宗資料、傳喚林曉清  
23 到庭作證。且李依蓮、陳冠全上訴意旨所指，李依蓮於本件  
24 吸收資金擔任之角色，以及林曉清向陳冠全借款各節，尚難  
25 據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，並無調閱  
26 另案卷宗或傳喚證人調查之必要性。原判決未依職權贅為上  
27 訴意旨所指無益之調查，依上開說明，尚屬於法無違。李依  
28 蓮、陳冠全此部分上訴意旨，任意指稱：原判決有調查職責  
29 未盡、理由矛盾之違法云云，同非合法之上訴第三審事由。

30 五、綜上，李依蓮、俞光隆及參與人等4人上訴意旨，係就原審  
31 採證認事裁量職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明

01 之事項，任意指摘為違法，並非適法之第三審上訴理由。應  
02 認本件上訴均為不合法律上之程式，予以駁回。

03 六、對於本案之判決提起上訴者，依刑事訴訟法第455條之27第1  
04 項前段規定，其上訴效力固及於以被告違法行為存在為前提  
05 之第三人（參與人）「相關」沒收判決部分。但須其上訴係  
06 合法時，始有效力相及之可言。又本案上訴部分應與第三人  
07 沒收部分有所「相關」，其上訴效力方及於第三人沒收判決  
08 部分，若兩者並無關聯性，自非上訴效力所及。

09 本件上訴人李依蓮、俞光隆之上訴既不合法，其上訴效力自  
10 不及於原判決關於附表三編號4至6、15、17、18所示參與人  
11 王世吉、吳沂芳、陳睿鴻（原名陳沅鴻）、黃智衍、謝明  
12 志、韓青舉等諭知沒收部分，而不在本院審判範圍；至於原  
13 判決維持第一審諭知附表三編號2、3、7至9、11、12、14、  
14 19所示，即參與人顏碧雲、李博軒（原名李清輝）、余靜  
15 芳、許博超、陳冠甫、陳雅棻、謝東益、黃盈憲、台灣法儂  
16 化粧品工廠有限公司不予沒收部分之判決，未據檢察官對之  
17 提起上訴，亦非本院審判範圍，均無須記載上述原審參與人  
18 為本判決之當事人。至於謝明志以李依蓮、俞光隆之上訴效  
19 力及於參與人為由，所具之「刑事三審陳述意見狀」，即無  
20 庸審酌，併予敘明。

21 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

22 中 華 民 國 115 年 2 月 5 日

23 刑事第三庭審判長法官 李錦樑

24 法官 蘇素娥

25 法官 洪于智

26 法官 吳秋宏

27 法官 周政達

28 本件正本證明與原本無異

29 書記官 王怡茹

30 中 華 民 國 115 年 2 月 11 日